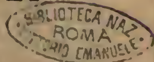
QVOD DEUS FORTUNET!

DISCURSUS JURIDICUS

DE

REQVISITIS AD-VOCATO OBSERVANDIS, CIRCA COMPETENTEM CLIENTI ACTIONEM INVESTIGANDAM ET FELICITER OBTINENDAM



QVAM

SUB PRÆSIDIO

DN. IOHANNIS EICHELII

J. U. DOCTORIS ET IN ILLUSTRI JULIA PANDECTARUM PROFESSORIS PUBLICI ET ORDINARII, DICASTERIIQVE WOLFERBYTANI ASSESSORIS &c. &c.

DN. PATRONI, PRÆCEPTORIS ATQVE PROMOTORIS PLURIMUM OBSERVANDI

Ad diem IV. Mensis Julii

IN IULEO MAIORI

Publicæ eruditorum disquisitioni subjiciet

JOACHIMUS NIEDHARD

ASCANIENSIS.

HELMSTADII,

Typis JOHANNIS HEITMULLERI

Anno cIɔ Iɔ c LXVI.



CUM DEO!

THESIS I.

IUrisprudentiam nostram quam maxime practicam esse disciplinam, in eaque, ut in reliquis disciplinis practicis semper finem esse spectandum, nemo inficias ibit. Quo autem finem istum, qui est JUSTITIA, i. e. suum cuique tribuere *pr. Inst. de Iust. & Iur. l. 10. ff. Eod.* assequamur, quid suum cujusque sit, & quibus mediis quis suum consequi debeat, novisse prius oportet; Absolvitur enim studium hoc duobus: primo cognitione juris nostri, & deinde ejus obtinendi ratione, *Donell. libr. 2. Comment. Iuris Civil. cap. 2.* Cognitione, ut discamus, quid juris nobis in persona tum nostra tum aliena competat, & postea in rebus, quatenus illud consistit vel in acquirendo vel conservando vel minuendo, ut loquitur JCtus *in l. fin. ff. de Legib.* Obtinendi autem juris nostri ratio consistit in judiciis & recta ejusdem persecutione, quæ per actiones competentes, earumque cognitionem expeditur *pr. Inst. de act. ubi Donell. n. 1. & libr. 17. Comment. 1.* Ex his facile patet, merito culpandam esse illorum festinationem, qui insuper habitis omnibus juris fundamentis, statim in forum irruentes, omnem juris doctrinam uberiorem deponunt, & se non solum risui, sed etiam causæ dispendio

(quia ad omnia habent venalem calamum & linguam) exponunt, & nec jus, per quod commode & recte agere possunt, nec actionem clienti competentem norunt. Laudanda vero potius eorum maturitas, qui per legitimum tempus legum jurisque studio insudantes praxeos initia ita hauriunt, ut cum utilitate hoc laudabile, vitæque hominum per quam necessarium advocandi munus sustinere & tractare possint. *Vid. plura ap. Emeric. à Rosbach tit. de Advocat. l. ult. C. de postul. & l. nemini, ubi Bald. l. jubemus 20. C. de Advocat. divers. judic.*

II.

Media igitur illa, per quæ ad finem juris nostri pervenire rite possumus, sunt actiones: Quando itaque amica petitione aut amicabili compositione, quæ ante omnia tentanda, nihil obtineri potest, lex actionibus experiri jubet, *l. exstat. 13. ff. Quod met. caus. gest. l. 1. C. de execut. rei judic.*

III.

Jam antequam de requisitis circa competentis actionis investigationem ulterius dicam: nonnulla differentiæ loco de Advocato, Procuratore, Defensore, & negotiorum gestore observanda videntur; quæ si paucis & qua fieri poterit brevitate, absolvero, ad reliqua pergendum erit.

IV.

Est hodie secundum nostros judiciorum mores magna inter Advocatum & Procuratorem differentia. Procurator est autore JCto *l. 1. ff. de Procur.* qui aliena negotia mandatu domini administrat, qua in definitione genus est omissum, quod JCti brevitatis causa facere solent. Subintelligendum autem est genus sc. gestor seu administrator, uti definitionem hanc explicat *VVesenb. in parat. ff. eodem tit. n. 2.* adeoque officio procuratoris fungi est in ipso judicio

com-

comparere, & causam alterius oraliter agere, & ministerium aliquod corporale alicui præbere; huc accedit, quod in Digestis Procuratorum munus vile esse dicatur, & hinc est, communis conclusio, de jure Civili infamem procurare posse § *fin. Inst. de except. item Bercholt. ad hunc §. n. 2.* ubi etiam simul ratio additur; ne sc. dum de infamia procuratoris disputatur, ipsius negotii disceptatio protelettur. Nec obstat, quod infames ab omnibus honoribus & dignitatibus arceantur *l. 2. C. de dignit. lib. 12. l. 1. C. de infam. lib. 11.* Quia Procuratoris officium non est dignitas, sed onus. *VVesenb. ad ff. de Procurat. n. 4.* Et hoc ita obtinet jure Civili, secus vero de jure Canonico *c. 2. 3. q. 7. ubi gloss. verb. nec procur.* Præsertim ubi de causa vel persona ecclesiastica agitur, quod ipsum etiam notavit *VVesenbec. d. l.* Jam autem de generibus procuratorum; quid sit, & quomodo ab aliis administratoribus differat, hic ulterius dicere non vacat, de quibus omnibus videri potest *VVesenb. d. tit. de procurat. item Ias. ad Rubr. num. 3. & seqq. C. de Procur.* ubi sex differentias inter Advocatum & Procuratorem recenset.

V.

Advocatum autem cum nominamus, eum intelligimus, qui aliorum causas in judicio proponit, quomodo etiam definitur *l. 1. ff. de postul. l. quicquid C. de advoc. diversor. judic.* Advocatus est causarum patronus, qui in judicio pro aliis postulat. *Gail. pract. observat. lib. 2. observat. 154. n. 2. item in Decisionibus rerum iudic. Cam. lib. 1. Decis. 1. n. 24. ibidem n. 30.* inquit, Advocati defendunt non suo jure, aut ut suum, sed quod alterius est, conservent, aut acquirant non suo, sed eorum commodo, quibus assistunt. Adeoque advocati munus est consilio juvare suos clientes, causamque eorum instruere; non autem comparere in judicio

dicio, & causam ibi oraliter agere, & sic ministerium aliquod corporale præbere; hinc advocati dicuntur constituti in dignitate, & quidem tali, quæ olim merebatur cingulum. Insuper advocationis officium non solum est publicum & necessarium, ad quod quis etiam invitus compelli potest, nisi justam habeat excusationem *tot. tit. ff. de Munerib. & bon. l. prætor. 13. §. 2. ff. de vac. & excus.* sed etiam laudabile est & honorarium, *l. laudabile 4. C. de Advoc. divers. judic.* Hinc est, quod nemo qui infamis sit, possit adspirare ad dignitatem (uti loquuntur) advocaturæ, *l. 1. § removet. ff. de postul. Geil. lib. 1. obs. 43. num. 4. cum trib. seqq.*

V I.

Verum licet hac differentia inter advocatum & procurat. ita sit, & LL. Rom, conveniat, consuetudine tamen in judicio Spirensi introductum est, ut Procuratorum munus sit majoris dignit. quam Advocatorum, adeo ut in Cam. Spirensi nemo ad munus procuratorium ordinarium admitti possit, nisi prius fuerit advocatus. In nonnullis judiciis, ut Guelpherbytano, Cellensi, qui sunt advocati, illi quoque sunt Procuratores utplurimum, & contra, ut ita consuetudine paulatim distincta hæc duo officia inter se ratione personarum fuerint confusa: tametsi quoad effectum ipsum sint maneantque distincta.

V I I.

De defensore & negotiorum gestore aliter. Aut enim aliena negotia suscipimus sponte nostra, non rogati, aut vero rogati ab aliis; tertium non datur: Si prius tum aut suscipimus negotia extrajudicialia, & tum oritur ille quasi contractus, qui vocatur negotiorum gestio, de qua videri potest *tit. ff. de Negot. Gest.* aut suscipimus aliorum negotia sponte nostra, sed judicialia, & tum oritur illud nego-

tium

rium, quod vocatur *Defensio*. Adeoque defensor est ille, qui sine mandato alium in judicio præstita cautione de judicato solvendo, defendit, *Spec, tit, de Defens, n. 1.* Procurator litium seu causarum suscipit quidem etiam aliena negotia, & quidem judicialia, sed tamen cum hoc discrimine, quod procurator ab eo, cujus negotia gerenda suscipit, sit rogatus, defensor autem non sit rogatus, sed sponte sua ad illa negotia accedat. Differt & defensor à Procuratore litium in eo, quod hic tum pro actore, tum pro reo in judicio vel extra judicium intervenire soleat, ut ostendit *tot. tit. ff. de procur.* ille vero in judicio rei tantum procurator aut defensor fit, non actoris. *Rosbach. de Defensor. n. 2. Zas. in l. nam postea n. 9. §. jusjurandum.* Nisi forte is in reconventione reus fiat, de quibus omnibus videri potest & *Rosbach. d. l. de defens. n. 2. 3. 4. &c. & VVesenb. ad ff. de Procurat n. 12.*

I I X.

Hactenus de differentiis hisce hæc sufficiant, & convertimus nos jam ad medium, quo finem juris nostri obtinere possumus, nempe ad actionem. Principii autem loco hic supponimus: Nos à Reo nostro tale aliquid petere, seu fieri velle, quod jure ille facere debet, injuste autem detrectat, ad quod faciendum vel solvendum judex eum cogere debet. Ex his statim apparet, nobis adversus illum, qui juste aliquid facere vel dare detrectat, non competere actionem, & sic per consequens oleum & operam in litigando perdimus, si contra talem instituimus actionem. Si vero injuste detrectat, aggredienda & assumenda sunt media illa, quibus juris nostri finem, qvi est justitia, obtinere possumus, nempe actiones, qvæ pro diversitate causarum instituendæ sunt in judicio, i. e. loco judicii solenni, coram qvocunqve magistratu competente; Minime enim, i d qvod

debe-

debetur, privata autoritate à debitore, quolibet modo extorquere licet, uti diligenter constitutionibus provisum est, & pœnæ adversus vim variæ constitutæ *l. exstat 13. in fin. ff. quod met. caus. l. si quis in tantam 7. C. unde vi. §. 1. Inst. de vi bonor. Rapt. & Dd. comm.* Sunt enim eum in finem præcipue constituta judicia, ne quis sibi ipsi jus dicat, *l. nullus 14. ibi: Idcirco judiciorum vigor jurisque publici tutela videtur in medio constituta ne quisquam sibi ipsi permittere valeat ultionem C. de Iud. & Cœlicol.* Sed omne hoc publica autoritate eorum expediri volunt, ut occasio omnis tumultus ac dissensionis in Republ. evidetur *l. non est singulis 176. ff. de Reg. Iur.* & quod suum est, sive quod sibi debetur, per judicem reposcat *§. 1. Inst. de act. l. si quis in tantum 7. C. unde vi*: item *lib. 1.* Landrecht *artic. 62.*

IX.

Porro judicium est vel ordinarium vel summarium, seu extraordinarium. Illud est in quo ordinarie causæ tractantur, servato juris ordine, interveniente libello, litiscontestatione, aliisque juris solennitatibus in modo procedendi stricte observatis, *de quib. in l. 1. & auth. Offeratur C. de litiscontest.* Hoc (summarium sc.) est in quo causæ tractantur sine libello, aut juris solennitatibus, & dicitur inde summarium, quod summatim fiat & plura in pauca quasi per summam contrahamus, adeoque opponitur ordinario, quod plenissimam causæ tractationem requirit.

X.

Versatur igitur jus nostrum in judiciis, quatenus per hæc administratur Justitia: Et quæcunque in jure traduntur, ad *judicia* tanquam commune subjectum, & ad *justitiam* tanquam ultimum finem sunt referenda *teste Iul. Pacio. lib. 1. de methodo juris §. præmunitiones.*

XI. Et

XI

Et quo justitiæ cursus promoveatur, nec litigatores spe sua frustrentur, damnumve patiantur, commodissimum insuper & necessarium erit, ut non confuse, sed certo ordine ea exerceantur, ita ut, quam se habere putat actionem Actor, contra Reum rite proponat; idque fieri debet libello, in quo totius propemodum processus momentum consistit, plurimumque refert, eum caute & prudenter esse formatum. Si enim non rite libellus est formatus, aut á judice rejicitur, aut toti causæ præjudicat; adeoque Advocati in libelli conceptione præ reliquis summam diligentiam & prudentiam adhibere necesse habent. Reus deinde ad actionem institutam commode respondeat, ut constare ad inde possit, in quo lis consistat; & deinceps uterq; ulterius ad finem usq; judicii legitimè procedat, & sententiã actis & jure conformem exspectet.

XII.

Quare actionum forensium cognitio non solum actori & reo, verum etiam jus dicentibus sive judicibus valde utilis & perquam necessaria est: Actori, ut causæ sive intentionis fundamentum bene perspectum atque cognitum habeat; Reo, ut exceptiones legitimas objiciat; Judici denique ipsi, ut rite sententiam formet. Hinc in Camera Spir. in relationibus causarum & dictandis sententiis, teste Gailio, ante omnia Dnn. Assessores examinare solent, utrum actio cum necessariis suis requisitis probata, & legitimis rei exceptionibus elisa sit, sive non, *de quibus vid. Gail. 1. obs. 26. & seq. tract. de Arrest. Imperii cap. 5.*

XIII.

Jam ad competentis actionis investigationem propius accedamus: Ubi advocatus in forum proditurus diligenter investigabit actionem pro negotii sive facti quali-

tate clientulo ſuo competentem. Quod ut commodiſſime fiat, neceſſe eſt (1.) ut ex cliente ante omnia totam facti ſpeciem cum ſuis circumſtantiis & qualitatibus diligentiſſime cognoſcat, judicique, præſertim cum omnibus circumſtantiis relevantibus accurate narret, ita ut nulla, quæ alicujus momenti ſit circumſtantia omittatur, ſed caute & circumſpecte omnia, quæ tamen probari poſſunt, adducantur, ſemper enim actor tenetur probare id, quod eſt intentionis ſeu fundamenti ſui, *Gail. lib. 2. Deciſ. 49. n. 5.* nam ei qui dicit, non qui negat, incumbit probatio *l. 2. ff. de probat.* & actore non probante reus abſolvitur. De qua regula pulchre *Maſcard. Concl. 36. per tot.* quod ipſum tamen tum procedere putat Gailius, ſi jura ipſa actorem non relevent ab onere probandi *lib. 2. Deciſ. 37. n. 40.* (2) quia ex facto jus oritur, *teſte ICto Alfeno in l. ſi ex plagis 52. §. 2. ff. ad l. Aquil. & Gothofr. in not. ad hunc §.* Ab Advocato requiritur, ut facto jus applicare ſciat, h. e. inquirat, quid jus de facto hoc vel illo ſtatuat, quæve actio ex præſenti facti ſpecie competat. Et quia reus juxta principium noſtrum ſupra *theſi 8.* poſitum à judice cogendus eſt ad id, quod injuſte detrectat, neceſſe eſt, ut exponantur judici etiam jura, ex quibus demonſtretur reum teneri ſibi ad aliquid dandum, faciendum, reſtituendum, &c. quod tamen contra illa jura præſcripta deneget. Et (3) videndum advocato, quæ ſit actionis intentandæ natura & proprietas.

XIV.

Hæc ſi diligens advocatus ita ordine obſervavit, rurſus ipſi tria potiſſimum ſunt ſpectanda: (1) Cauſa, ex qua agitur, (2) Lex ſive jus, quo agitur, & (3) Res, quæ petitur. *Gail. lib. 2. Deciſ. 16. n. 12.* Ex hiſce tribus omnis conſtat actio; ita ut horum uno deficiente, ipſa actio ſit inutilis plane & infirmi fundamenti.

XV.

Primò dixi actionis causam præcipue investigandam & sciendam esse; Siquidem scire est rem per causam cognoscere; & sic consequenter actiones is nescire dicitur, qui causam earum ignorat: Qui autem nescit actionem, is etiam non intelligit jus, quod persequi vult in judicio, imò nihil agit in agendo, & quasi laterem lavat in obtinenda clientis sui causa; quia non tenet formam, multo minus actionis exitum, aut finem *teste Ioh. Oldend. in argum. operis Classici §. primum.* Idem Oldend. svadet & necessarium esse ostendit actionum tractationem in loca quatuor causarum esse redigendam, videlicet efficientis, materialis, formalis, & finalis. De his, qui plura legere amat, consulat *citat. Oldend. d. l.* Tametsi illas crude omnibus applicari non posse, lubentes concedamus.

XVI.

Olim nemini licitum fuit actionem in judicio proponere, nisi prius certa actionis formula á Prætore impetrata, quod ipsum, licet hodie sit sublatum *l. 1. & 2. C. de formul. & impetr. act. sublat.* nec necesse sit, ut hodie actionis genus quo acturus est, in libello exprimere teneatur, tamen nemini in judicio sine actione experiri licet *l. 6. §. final. vers. quenquam enim ff. de negot. gest. juncto pr. Instit. de act. l. 50. ff. de obl. & act.* Sed requiritur, ut actionem rei & proposito negotio competentem proponat, & speciem futuræ litis demonstret, *l. 2. edita 3. ibi, speciem futuræ litis C de edendo.*

XVII.

Jam porro de *causa*, quæ scilicet vel habet obligationis speciem, vel non habet. Priori casu, nempe quando habet obligationis speciem, producit actionem in perso-

inam, quæ §. 15. *Instit. de act.* vocatur condictio, & est actio in personam, quâ actor intendit aliquid dare aut facere oportere adversarium, quem obligatum habet §. *omnium autem 1. vers. namque agit. §. sic itaque discretis 14. & 15. appellamus autem Inst. d. t. l. 25. pr. & vers. in personam ff. de Obl. & Act.* oriturque vel ex contractu vero, vel quasi, vel delicto vel quasi, *Tot. Tit. Instit. de obligat.* Posteriori casu, quando sc. causa non habet obligationis speciem, datur actio in rem, quæ eodem §. 15. *Inst. de act.* realis appellatur, quæ pro diverso jure & rebus, diversas etiam sortitur appellationes, ut vindicatio, actio confessoria, Negatoria, Publiciana in Rem, Hæredit. petitio. hypothecaria & sic deinceps: aut contra rem & personam simul, & oriuntur mixtæ illæ actiones, Commun. divid. Fin. Regund. Famil. Ercisc. In Rei autem vindicatione semper hæc duo extrema à practicis probanda ponuntur, (1) Possessio à parte Rei, & (2) dominium à parte actoris.

XIIX.

Atque hæc breviter de causa actionis. Cum autem ea non sufficiat, nisi aliqua lege, quæ actionem concedat, adjuvetur, proximum erit jam, ut diligens advocatus dispiciat, inquiratque DE JURE, QUO AGATUR. Illud autem est lex civilis, seu jus Civile, quod est vel *Scriptum*, vel non *Scriptum: teste Iustin. §. Constat. autem 3. iuncto §. sine scripto 10. Inst. de iur. N. G. & C.*

XIX.

Ius scriptum cum rursus subdividatur *in jus Civile speciale & Prætorium* seu honorarium, *prætorium quoque* § . I *ff. d. t.* recte actiones dividuntur in *Civiles* & *Prætorias*.

XX.

X X.

Civiles, quæ etiam legitimæ dicuntur *l. qui servandarum 14. §. fin. ibi legitimam actionem ff. de præscript. verb.* Sunt, quæ ex legitimis & civilibus causis, i.e. ex LL. ut XII. Tabb. de pauperie, arborum furtim cæsarum: Plebisscitis ut L. Aquilia; SCtis, ut SCtum, Vellej. & Maced. (legitima enim conventio dicta est, quæ etiam SCto juvatur *l. legitim. 16. ibi SCto ff. de pactis:*) Constitutionibus, ut *in § tripli 24. Inst. de act. pr. Inst. de perpet. & tempor. action*, ibi *eas, quæ ex lege SCto, sive ex sacris constitutionibus proficiscuntur. l. 7. Ius autem de instit. & jure.*

X X I.

Prætoriæ eæ sunt, quæ etiam honorariæ dicuntur *l. actionum 25. in fin. ff. de Obl. & act.* quas prætor ex sua jurisdictione comparatas habet, adjuvandi corrigendi vel supplendi juris civilis gratia, propter utilit. publicam, uti Dd. explicant *in l. jus autem 7. §. 1. ff. de justit. & jure. in pr. & §. Inst. de bon. poss. §. 3. de exhered. lib.* item *Vinnius in not. ad §. 7. Inst. de jur. N. G. & Civil.* Sub his etiam Æditilitiæ continentur, quippe quæ juris honorarii seu Prætorii portio sunt, *dicto §. 7.*

X X I I.

Non incommode hic quæri potest, utrum actiones Statutis aut LL. Provincialibus Ducum Comitum aut aliorum imperii Statuum inductæ, vel his vel illis sint annumerandæ? Si enim alicui jure statutario hereditas defertur, quæ alias de jure communi deferri non consveverit; magnopere certe scire refert, an civilis vel prætoria sit futura. Civilem enim si dixeris, perpetua erit: Si Prætoriam, annalis erit.

XXIII.

Merito autem & verisimilius est civilibus eas annumerare. Constat enim, quod jus illud, quod quisque populus sibi ipsi constituit, proprium istius civitatis sit & jus Civile vocetur, tanquam proprium jus istius civitatis *l. omnes populi 9. vers. Nam quod quisque ff. de Iust. & jure §. jus autem civile 1. Inst. de jur. N. G. & C.* Nullum proinde dubium erit, quin & actiones ex iis descendentes sint civiles. Nam hodie Electores, Duces, Principes, Comites & reliqui status, qui jura territorialia habent, Imperatori æquiparantur, ita ut quemadmodum olim Majestas penes Imperatorem fuit in toto Imperio: Eadem penes statum quemlibet in suo territorio: Illi autem Majestati potestas Legum ferendarum est annexa, quam status Imperii in suis territoriis exercere posse nemini est dubium. Prætor autem olim non habebat majestatem, sed erat tantum Minister & Magistratus; quales status Imperii non sunt.

XXIV.

Insuper & quæri potest, an ex Responsis prudentum actiones nasci solitæ fuerint? Dicuntur enim hi juris autores, *l. antiqui 3. ibi, non leves autores ff. si pars hered. pet. l. 39. ff. de action. empt. l. 17. ff. de jure patron.* Conditores, *in l. nulla C. de procurat. l. furiosi C. de nupt.* & jura constituentes, *l. verbis 120. ff. de verbor. signif.* de quibus tractat Cujacius *lib. 7. Observ. c. 25.* Verum quicquid sit, horum autoritas tanta non fuit, ut ipsi actionem ex aliqua causa constituerent; Sed an tata esset, interpretarentur *l. necessarium 2. §. 4. ff. de Orig. juris* & ex actionibus constitutis agendi formulam proponerent *d. l. 2. §. 12. ff. de Orig. jur.*

XXV.

Ex jure denique *non scripto* competit condictio ex mori-

moribus: qualis hodie est actio feudalis, vid. celeberrim. JCt. *Herm. Vult. 2. Feud. 1.* Et hoc jus, quod moribus comprobatum est, longe plus valet & in rebus majoris momenti versatur, quam quod scripto constat, ut ex Aristot. *3. Polit. c. ult.* notat Vinnius *in not. ad Inst. de jur. Nat. G. & C. §. 9.*

XXVI.

Hisce duobus breviter ita consideratis atque cognitis, nempe actionum causis, jureque, ex quo illæ descendant; proximum jam erit, ut etiam probe consideremus REM, quæ petitur, & cujus gratia agitur. Id vero quod petitur, vel consistit in dando, vel in faciendo *l. 2. ff. de V. O.*

XXVII.

Idque cognoscendum ex facti specie, quæ si dationem contineat, agitur *affirmative partim*, ut quod nostrum non est, nobis detur, *vel partim*, ut quod nostrum est, nobis restituatur.

XXIIX.

Quorum posterius fit rei vindicationibus, prius vero condictionibus. Condicere vero rem suam nemo potest, nisi a fure, raptore, & malæ fidei possessore §. *sic itaque discretis act. Instit. de Act.* Vinnius *in not. ad hunc §.* Idque in odium horum contra regulas Juris constitutum est.

XXIX.

Vindicare etiam nemo recte dicitur, qui vindicat rem, quæ sua non est, *l. si ager 50. de rei vindic.*

XXX.

Negative ad dandum vix igitur; sed tantum excipitur: & agere ne detur, exceptionis est, non actionis. Facti si contineat, tum agitur ad faciendum duobus modis, ve

vel ut id, quod factum est, retractetur, vel ut id, quod factum non est, fiat: *de quo latius Vigel. in suo repertor. juris cap. 39. & seqq.* videri potest.

XXXI.

Advocatus denique diligens cognitæ actionis competentis vim & naturam accurate considerabit & observabit (1) quo autore introducta sit actio, (2) Ex qua causa detur, (3) Cui ea detur (4) Adversus quem detur (5) An descendat ad heredes, (6) quid in eam veniat (7) quamdiu competat (8) quis sit ejus exitus (9) quid spectandum judici, & (10) Quid litigatoribus: Denique an subsint remedia affinia &c. Quem ordinem etiam maxime secutus est *VVesenb. in paratit ad ff.* ubi passim videri potest, cui adjungendum est elegans opus classicum Olend. in quo semper etiam hic ordo est observatus.

XXXII.

Haut incommodum aut inane etiam erit, ut Advocatus in investigandis actionibus, antequam ad libelli conceptionem progrediatur, diligenter attendat, inquiratque, an etiam plures actiones coucurrant, quibus in libello uti possit; videmus enim duas pluresque actiones circa eandem rem legibus interdum & quidem non raro esse constitutas, ut maxime apparet ex inscript. *l. 34. & 4 ff. de obl. & Act.* Quæ omnes competunt, nisi expresse cautum sit, ut una tantum quis experiri liceat, *ut ait Paulus l. quotiens 14. in pr. & §. 1. de Obl. & Act. l. 43. §. 1. ff. de Reg. Iur.*

XXXIII.

Hic actionum concursus est vel cumulativus, vel electivus: Electivum dico plurium actionum competentiam, quarum una alteram consumit. Cumulativum vero actionum plurium competentiam, quarum una alteram non consumit.

XXXIV.

XXXIV.

Si itaque plures actiones â leg bus simul intentandæ & exercendæ conceduntur, quod in jure nostro non infrequens esse videmus *l. 34. ff. de Obl. & act. l. quod in herede 9. §. 1. ff. de tribut. action.* Advocatus eas, si contra eandem personam agitetur, simul in eodem libello unico verborum contextu, & sic in una charta proponere potest, ut est in *l. non est novum 10. ff. de act. emt. item Geil. lib. 2. Decis. 8. n. 1.* Et hæc actionum plurium competentia, ut jam dictum, dicitur *Cumulatio* quarum una alteram non consumit. Alias ne judex confundatur, plures actiones, præsertim diversas res aut personas concernentes, in uno libello non sunt ponendæ. In foris Saxonicis, ubi ex jure Saxonico agitur, ultra tres cumulare non licet.

XXXV.

Si adest actionum concursus electivus, ubi duæ aut plures actiones simul proponi non possunt, sed una intentata, altera tollitur, (non enim ea mente jura alicui plures actiones concedunt, ut semper omnibus uti liceat, sed ut largior ei sit agendi facultas, & ex his actor eligat eam, quam sibi commodiorem putet, *l. cum filius 76. §. 8. ff. de legatis 2.*) tunc cautio in eligenda ea est adhibenda, & circumspiciendum cauto advocato, quænam rei gerendæ sit aptior aut commodior, & per quam eo facilius suum consequi possit, uti est exemplum *in §. cæterum 5. Inst. Quod cum eo qui in alien. pot.* ubi agens de in rem verso probare tenetur, in rem patris vel domini versum esse; agens vero de peculio, saltim hoc, servum aut filium familias peculium habere, & quidem tantum, ut inde solidum consequi possit.

XXXVI.

Regulariter etiam quando incertum eſt, & Advocatus probabiliter dubitat, quæ actio potius competat, duas proponere poteſt, proteſtando, ſe ex altera conſequi velle: quod expreſſis verbis notatum ab Ulpiano *l. 1. §. quia autem 4. ff. Quod Legat.* Huic adjungatur *Geil. lib. 1. Obſ. pract. C. 63. n. 3.* Probat hoc Ulpianus in *d. l. 1. ibi, nos ſolere ſic facere, quoties incertum eſt, quæ potius actio teneat. Nam duas dictamus proteſtati ex altera nos conſequi velle, quod nos contingit*: Puta ſi quis neſciat, quo titulo Reus poſſideat.

XXXVII.

Hactenus ita breviter de requiſitis, circa actionis competentis inveſtigationem, Advocato accurate pernoſcendis & obſervandis: Jam vero, ſi Advocatus cum clientulo ſuo de actione proponenda ſatis deliberavit, actionem autem jure non fundatam, nec juſtam litigandi cauſam ſubeſſe deprehendit, eam contra ſuam conſcientiam, & juramentum juſtitiæ præſtitum, ut proh dolor! ſæpe fieri ſolet, defendendam minime ſuſcipiat; Hujus rei rationem affert Rosbach *tit. de Advocat. n. 18.* ne ſc. temerè litigando judicium fatiget, clientemque inanibus ſumtibus vexet, addo: juramentum violet & contra conſcientiam agat. Advocati enim munus eſt litigantium ſaluti providere *l. laudabile 4. C. de advoc. diverſor. judic.* Privatorumque cauſas tueri, *l. advocati 14. cod. tit. l. rem novam 12. l. penult. C. de judic.* quæ tamen jure & æquitate nitantur, non quæ malæ ſunt & iniquæ, *d. l. rem novam 12. §. proinde patroni.* Eaſque non in longius per ambages & multa parerga, magno litigantium

tium dispendio circumducere. *Specul. tit. de advoc. §. 1. n. 15.* aut ultra, quam poscit litium utilitas, in licentiam conviciandi, & maledicendi temeritatem prorumpere, uti expresse prohibitum *l. quisquis 6. C. de postul. item l. si quis 5. ibid. l. 1. C. de Advoc. divers. judic. l. 15.* C. *de procurat.* Hæc qui non observat, aut in officio peccat pœna arbitraria afficitur, aut si gravius delinquit, ordine removetur *d. l. si quis 5. & l. quisquis 6. C. de postul. l. si patronum 1. C. de advoc. divers. judic.*

XXXIIX.

Denique non incommode hic etiam illam quæstionem ventilandam & excutiendam esse existimo; An nempe Advocatus vel etiam procurator litem redimere & cum clientulo suo de quota litis pacisci possit? Dicitur autem litem redimere, de quota litis pacisci, uti *Dd. in d. l. litem 15. C. de procur.* quod utrumque in jure expresse prohibitum invenimus. Ita enim est textus *in l. quisquis 6. §. præterea nullum.* Ubi dicitur: *Præterea nullum cum litigatione contractum quem in propriam receperit fidem ineat Advocatus, nullam conferat pactionem.* Et *in l. si qui 5. ibid. C. de postul.* ubi habetur: *Si qui advocatorum existimationi* &c. Ratio est, quia tale pactum Advocatum & procuratorem ad vincendum per calumniam quoquo modo invitat, & ad quasvis machinationes illicitas adigit. Et hoc procedit non solum in pacto de quota litis, sed etiam de quantitate vel re. *Secundum gl. in d. l. sumptus 53. ff. de pactis.* Et præsertim si pactum in casum victoriæ fit.

XXXIX.

Quando vero Advocatus cum clientulo suo lite finita

nita & determinata de quota litis pactum init, tale pactum valet, juxta *l. 1. §. Si cui caut. 12. ff. de var. & extraord.* C g. Ubi notandum, Advocatum ultra centum aureos de salario pacisci non posse *d. l. 1. §. Si cui ibid. in ff. de var. & extraord. jud.*

XL.

Valet etiam pactum de certa quantitate, salarii nomine, in omnem eventum solvenda, non vero tantum in casum victoriæ i. e. Sive advocatus causam obtineat, sive in ea succumbat *d. l. sumptus 53. ff. de pact. ubi Dd. & Salic. in l. si quis 5. C. de postul. Specul. tit. de Salario §. sequitur.*

XLI.

Patet etiam, quod advocato ultra conventum honorarium debeantur expensæ victus & aliæ, quando provinciâ exit, *per text. in l. idemque 10. §. idem Labeo 9. ff. Mandati vel contr.* quod procedit, ut debeantur etiam, antequam pedem moveat de domo *arg. l. pen. C. de testib. Surdus tractatu de aliment. tit. 4. quæst. 17. n. 25.* Si vero salariarius est, tunc convenit, ut sumptus de suo faciat ad itinera, ut aperte videre est ex *d. §. 9. l. 10. ff. mandati.* Multo minus ei debentur expensæ, quas citra mandatum ad voluptatem facit *ead. l. 10. ff. mandat.* nisi forsan dominus istorum sumptuum rationem admittat, *ibid.* Aut inter eos aliter convenerit.

XLII.

Tandem & hoc paucis attingemus, ne advocatus plures lites, sui commodi emolumentique causa suscipiat, quam commode peragere possit, *Spec. tit. de advoc. §. ult. n. 14. & 15. Rosbach. tit. de Advoc.* multo minus

præva-

prævaricationis criminis se sontem reddat, & tam actori, quam reo in una eademque causa inserviat, & sic diversam partem prodita causa sua adjuvet, juxta *l. 1. ff. de prævaricat.* Infamia enim is notatur, qui in judicio publico prævaricationis, vel calumniæ causa quid fecisse judicatus erit, *l. si is 4. ff. de prævaricat. l. 1. C. de Advocat. divers. judic. l. 16. C. ex quibus caus. infam. irrog. l. 2. C. de his qui accus. non possunt.* item *lib. 1.* Landrecht *artic. 60. ubi gloss. in fin.* Nec per calumniam litiget, & dicitur is in causa civili *Calumniator*, qui temere alicui movet actionem, cum sciret nulla ratione esse obligatum. *Prævaricator* vero ille est *l. 1. ff. hoc tit.* qui diversam litigantium partem adjuvat, der beyden Partheien in einer Sache zugleich bedient ist & hujus pœna de jure Civili est infamia *l. 4. §. 4. C. de his qui not. infamia.* Et ex Constit. Carol. artic. CXV. tenetur restituere & resarcire damnum, & relegatione punitur.

XLIII.

Nemo etiam sine venia contra dominum suum, cujus est Vasallus, aut contra patriam, quam advocando impugnare, aut contra eam defensionem assumere prohibet *l. 2. C. de Advoc. divers. judic.* aut contra Rempubl. à qua quis ex publico salarium habet, causas agendas suscipiat, *d. l. 2.* quod & merito indignum esse existimat Gothofredus *in not. ad h. l.* ut, qui salarium aut beneficium à magistratu vel Republica accipiat, contra eandem causas non agitet & patrocinio fungatur, ut est *in l. 1. C. de advoc. fisci.*

XLIV.

Hæc pro ingenii tenuitate, instituti que ratione sufficiant

ciant, quæ omnia candido Lectoris judicio & censuræ modestè submittimus, nec ex argumenti defectu, quod per totum nostrum jus se diffundit, latissimeque se extendit subsistimus, sed cum nobis id magis attigisse tantum, quam exposuisse placeat, longe plura tum apud alios, tum etiam hinc inde allegatos auctores fusius & floridius legere & perspicere licet,

TANTUM.

